Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

gen können unter Umſtänden neu nachgebracht werden [57]). Bei der Begründung der Beſchwerden iſt häufig eine Widerlegung der Entſcheidungsgründe nothwendig, die aber ſtets mit der, dem Richteramte ſchuldigen Achtung, geſchehen muß [58]). Die durch die Reichsgeſetze gegebene Erlaubniß, ſtatt einer Ausführung der Beſchwerden, ſich blos auf die Voracten zu beziehen (ſimpliciter ad acta priora zu ſubmittiren) [59]), iſt durch irrige Interpretation und Gerichtsgebrauch vielfach beſchränkt worden [60]).

XI.

Beiträge zur Lehre von der Beweislaſt bei der actio negatoria

von

Mittermaier.

Zwei neue Geſetzgebungen, das Holländiſche Civilgeſetzbuch von 1834 [1]) und das Weimariſche Geſetz [2]), entſcheiden die Streitfrage, ob der Kläger oder Beklagte bei der actio negatoria beweispflichtig ſei, dahin, daß dem Kläger nur der Eigenthumsbeweis obliegen, und für die Freiheit des letztern die Vermuthung ſo lange ſtreiten ſoll, bis der Be-

---

57 ſ. darüber mein Handb. über d. Rechtsmittel. I. §. 131. f.

58) Fr. 42. de iniur. 47. 10. Fr. 8. de appellat. 49, 1.

59) J. R. A. §. 65.

60) Der Verfaſſer hat hierüber in ſeinem Beitrag zu der Lehre von den Wirkungen der Appellation, §. 6. (Zeitſchrift für Civilr. u. Proz. Bd. IX. 3.) nähere Nachweiſung gegeben.

1) Burgerlyk Wetboek van het Koningryk der Nederlanden. von 1834. art. 673.

2) Weimariſches Geſetz zur Entſcheidung einiger Rechtsfragen, vom 16. April 1833. Regblatt. Nr. 11.

klagte die rechtmäßige Erwerbung einer jenes Eigenthum beschränkenden Servitut darzuthun vermag. Auf den Umstand, ob der Beklagte im Besitze der Servitut sich befindet, soll nichts ankommen. Während auf diese Art die neueste Gesetzgebung eine Autorität für die Zweckmäßigkeit der Ansicht derjenigen gewährt, welche bisher den Beweis dem Beklagten auflegten, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob er im Besitze der Servitut sich befinde, herrscht im Gebiete des gemeinen Rechts noch ein lebhafter Streit unter den Schriftstellern, ob nicht wegen der bestimmten Aussprüche des röm. Rechts dem Kläger bei der actio negatoria der Beweis der Freiheit seines Eigenthums von Servituten dann aufgelegt werden müsse, wenn der Beklagte sich im Besitze der Servitut befindet. Eine höchst gewichtige Autorität, die von Thibaut [3]) spricht noch in der neuesten Zeit sich darüber aus, daß den Kläger die Beweislast treffe, wenn der Beklagte im Besitze war; wogegen eine große Zahl von neueren Rechtsgelehrten, insbesondere Löhr [4]), Mühlenbruch [5]), Warnkönig [6]), Kori [7]), Heffter [8]), Puchta [9]), Vollsack [10]), die Meinung vertheidigen, daß auch im gemeinen Rechte der mit der actio negatoria belangte Beklagte immer — auch wenn er im Besitze war — den Beweis der Servitut zu führen schuldig sei. Das Heidelberger Spruchcollegium hat in mehreren Fällen diese letzte Meinung angenommen. Auch in Bezug auf die legislative Ansicht ist

---

3) System des Pandektenrechts 8. Aufl. §. 771.

4) Löhr, im Magazin, 14. Bd. 4. Heft S. 507.

5) Mühlenbruch, Doctrin Pand. II. §. 4. 404. Tom. II. p. 160.

6) Warnkoenig, Coment. jur. rom. privat. I. p. 475.

7) Im Archiv für civil. Praxis. VIII. S. 98.

8) Heffter, in seiner neuen Ausgabe von Weber über Verbindlichk. zur Beweisführung. S. 234.

9) Und zwar Puchta (Prof. in Marburg) in dem rheinischen Museum 1. Bd. S. 165. Und Puchta (Landrichter in Erlangen) in seinem Werke: über die gerichtlichen Klagen, besonders in Streitigkeiten der Landeigenthümer. S. 213. 17.

10) Vollsack, de onere probandi in actione negator Lips. 1829.

keine Uebereinſtimmung. Das öſtereichiſche Civilgeſetzbuch [11]) ſpricht aus, daß der Kläger, welcher ſich über die Anmaaßung der Dienſtbarkeit beſchwert, dieſe Anmaaßung beweiſen muß, und der neueſte Commentator über das Civilgeſetzbuch Winiwarter [12]), ſucht dieſe Anſicht zu rechtfertigen, da, wie er glaubt, die Klage, wenn der Kläger die Anmaaßung des Beklagten nicht bewieſe, eine Aufforderungsklage ſein würde, welche außer den im Geſetze beſtimmten Fällen nicht ſtatt finden kann. — In Ländern, in welchen das franzöſiſche Civilgeſetzbuch gilt iſt die Frage: wer bei dieſer Klage zu beweiſen hat, noch intereſſanter, da das Geſetzbuch die Streitfrage nicht entſcheidet. In Frankreich ſcheint zwar nach dem Zeugniſſe von Toullier [13]) und Rauter [14]) kein Zweifel darüber zu ſein, daß der Beklagte beweiſen muß, auch wenn er im Beſitze ſich befand; im Großherzogthum Baden iſt dagegen größerer Streit, der oberſte Gerichtshof hat ſelbſt die Frage im verſchiedenem Sinne entſchieden [15]), und bei den Hofgerichten herrſcht der nämliche Streit der Meinungen. Wiſſenſchaftlich iſt in Baden in den Annalen die Frage verhandelt worden; während Bekk [16]) mit kurzen, aber treffenden, den feinen practiſchen Geiſt bewährenden Bemerkungen gezeigt hat, daß der Umſtand des Beſitzes der Servitut an der Be-

11) Oeſterreich. Civilgeſetzb. §. 523.

12) Winiwarter, das öſterreich. bürgerl. Recht, ſyſtem. dargeſtellt. Wien 1832. 2. Thl. S. 325.

13) Toullier, droit. civil. Tom. 14. tab. II. lit. IV. chap. 3. §. 714 (Brüſſler Ausg. p. 451.) Er führt auch ältere franzöſ. Schriftſteller an.

14) Rauter, Cours de procédure civile p. 129.

15) Nach den Jahrbüchern von Hohnhorſt, Jahrg. 1826. S. 175. wurde die Beweispflicht des Beklagten anerkannt. In der neuen Folge der Jahrbücher von Hohnhorſt. 1. Bd. 1. H. S. 38 kömmt dagegen die Entſcheidung vor, nach der der Kläger beweiſen ſollte, wenn Beklagter im Beſitze iſt.

16) In den Annal. der Badiſchen Gerichtshöfe 1834. Nr. 7. Die nämliche Anſicht iſt auch vertheidigt in den Annal. 1835 Nr. 43.

weispflicht des Beklagten nichts ändern könne, wurde von einem andern Rechtsgelehrten [17]) scharfsinnig die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit der Ansicht vertheidigt, daß der Beklagte, wenn er im Besitze war, vom Beweise frei sein müsse. Der gegenwärtige Aufsatz beabsichtigt nicht, die lange schon bekannten Gründe wieder vorzutragen, und eine erschöpfende Literatur zu geben, sondern nur mit Rücksicht auf die von den Gegnern in neuester Zeit vorgetragenen Gründe gedrängt die Ansicht zu rechtfertigen, welche dem Beklagten ohne Rücksicht auf seinen Besitz, den Beweis der Servitut auflegt. —

Es sei zuerst erlaubt, zuerst die Streitfrage so zu behandeln, als wenn über dieselbe gar keine römischen Gesetzesstellen vorhanden wären, und daher die Beantwortung nur nach allgemeinen Rechtsgründen geschehen müßte. Schwerlich würde man hier Bedenken tragen, die Frage so zu beantworten, wie sie die zwei oben angeführten neuesten Gesetzgebungen entscheiden. Ergiebt sich aber dies als richtig, so dürfte gemeinrechtlich nur dann eine andere Ansicht angenommen werden, wenn gezeigt werden kann, daß die Gesetze ausdrücklich eine von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen abweichende Bestimmung hätten sanctioniren wollen. Der Beweis nun, daß der Kläger bei der actio negatoria nichts zu beweisen hat als sein Eigenthum, und daß der Beklagte die angemaaßte Servitut beweisen muß, ergiebt sich aus der Natur der actio negatoria, die als eine Art der Eigenthumsklagen betrachtet werden muß, und als eine Art der rei vindicatio erscheint [18]). Während bei der letzten der Eigenthümer sein Eigenthum gegen den völlig sein Recht vernichtenden Angriff verfolgt und fordert, daß ihm sein Eigenthumsrecht zugesprochen werde, fordert bei der actio ne-

17) (Hofgerichtsrath) Bayer in den Annal. 1825. Nr. 5.
18) Puchta, im rhein. Museum, 1. Bd. S. 166. f. zwar gegen diese Ansicht Du Roi in diesem Archive. VI S. 298.

gatoria der Kläger nur den ihm rechtswidrig vom Beklagten entzogenen Theil zurück, und ſucht ſein Eigenthum gegen den partiellen Eingriff zu ſichern [19]). Mit Unrecht wird man daher bei dieſer Klage die Behauptung der Freiheit des Eigenthums von der Servitut zum Klagegrunde machen; nur das dem Kläger zuſtehende Eigenthum iſt der wahre Klagegrund. Sobald dies exiſtirt, iſt auch das Recht unbezweifelt, über die eigenthümliche Sache frei zu verfügen, ſie mit Ausſchließung aller Andern, die ihr Recht nicht von dem Eigenthümer ableiten, zu benutzen und jeden Störer oder denjenigen, der ſich ein Recht anmaßt, abzuhalten. Es iſt richtig, daß jeder Kläger bei der actio negatoria in dem factiſchen Klagegrunde (oder der Erzählung) anführen wird, daß der Beklagte einen Eingriff ſich auf ſein Eigenthum erlaubt habe, er wird die Art dieſes Eingriffes, alſo welche Servitut ſich Beklagter anmaßt, oder in welcher Weiſe er ſie unbefugt auszudehnen ſucht, darſtellen, und in ſo ferne wird die Anmaßung des Beklagten die Veranlaſſung zur Klage geben, und die Behauptung des Klägers, daß er dieſe Anmaßung nicht dulde und in ſeinem Eigenthum frei und ungeſtört ſein wolle, gehört nicht weſentlich zum Klagegrunde, ſondern erſcheint ebenſo als wenn in einer andern Klagſchrift der Kläger die Verletzung anführt, z. B. daß der Beklagte nicht bezahlt habe. Niemand aber wird behaupten, daß dieſe Anführung der Verletzung zu dem Klaggegrunde gehöre. Daß bei der actio negatoria der Kläger auch die ſpecielle Anmaßung des Beklagten, daher welche Art von Servitut der Beklagte rechtswidrig geltend mache, in ſeiner Klagſchrift anführt, erklärt ſich daraus, daß er angeben muß, was er vindizirt, und daß ihm daran liegt, daß im Falle des Sieges in dem Endurtheil erkannt werde, welcher Anmaßung ſich der Beklagte zu enthalten habe, damit dann, wenn der Beklagte etwa einſt

19) Puchta, von den gerichtl. Klagen, S. 212. Vollsack, Diss. pag. 4.

die nämliche Dienſtbarkeit, wegen welcher er auf den Grund der actio negatoria, verurtheilt wurde, ſpäter klagend geltend zu machen ſuchte, der Kläger auf das rechtskräftige Urtheil ſich berufen kann. — Dieſe Anſicht, daß die actio negatoria ihrem Klagegrunde nach, nur eine Eigenthumsklage iſt, wird noch mehr durch die richtige Anſicht über die rechtliche Natur der Dienſtbarkeiten beſtätigt [20]). Dienſtbarkeiten ſind nämlich Theile des Eigenthums, welche demjenigen, der das Eigenthum hat, im vollen Umfang zuſtehen, in ſo fern er nicht ſelbſt einem Andern dieſe Theile übertragen hat. Sie ſind gleichſam aus dem ganzen Complexus des Eigenthums losgeriſſen, und für denjenigen, der zu ihrer Ausübung berechtigt iſt, wahre Befugniſſe, das zu thun was ſonſt nur der Eigenthümer darf, und zwar indem entweder, wie z. B. bei dem Nießbrauch, der Eigenthümer ganz von einem der wichtigſten Eigenthumsbefugniſſe ausgeſchloſſen wird, oder indem ihm ein Theil der, zu der ganzen im Eigenthum befindlichen Sache gehörigen Gegenſtände entzogen wird z. B. bei der Beholzungsgerechtigkeit, wenn jemand eine gewiſſe Zahl von Klafter Holzes aus dem Walde fordern zu können behauptet, oder indem der Werth der Sache bedeutend durch die Laſt, welche darauf ruht, vermindert wird z. B. bei der Weide oder bei Fuhrgerechtigkeit. Wenn nun jemand eine ſolche Dienſtbarkeit in Anſpruch nimmt, ſucht er dem Eigenthümer einen Theil des Eigenthums vorzuenthalten, und der Kläger, welcher mit der actio negatoria auftritt, vindizirt dieſen ihm widerrechtlich vorenthaltenen Theil des Eigenthums. Sein Recht hierzu iſt begründet, ſobald er ſich nur als Eigenthümer legitimirt. — Daß bei der actio negatoria die Behauptung des Beklagten, wenn er die Dienſtbarkeit in Anſpruch nimmt, nach allen prozeſſualiſchen Grundſätzen

20) Guyet, Abhandl. aus dem Civilrechte Nr. 1. vergl. mit Du Roi in dieſem Archive VI. S. 278. 297. Spangenberg pract. Erört. 1. S. 328.

als eine exceptio erſcheint, in Anſehung derer dem Beklagten der Beweis obliegt, zeigt ſich, wenn man das Verhältniß des Beklagten hier mit der Natur der exceptio [21]) vergleicht. Sobald nämlich der Kläger ſein Eigenthum beweiſ't, iſt auch daſſelbe, als ein mit der freieſten (ſo weit die Geſetze nicht beſchränken) Verfügungsgewalt über die Sache beſtehendes Recht dargethan; und es exiſtirt als Eigenthumscomplexus mit allen Theilen und Ausflüſſen, die aus der Benutzung der Sache ſich beziehen. Wenn nun der Beklagte dagegen behauptet, daß aus dieſem Complexus ein Theil auf ihn übergegangen ſei, ihm daher die Dienſtbarkeit zuſtehe, ſo behauptet er damit eine Abweichung von der Regel, und in ſo ferne eine Einrede, bei welcher er darthun muß, daß er gleichſam jenen aus dem Eigenthum des Klägers abgeſonderten Theil rechtlich beſitze. Das nämliche Reſultat erhält man auch, wenn man annimmt, daß der Kläger, indem er bei der actio negatoria ſeinen Grund in das Eigenthum ſetzt, folgeweiſe behauptet, daß ihm vermöge deſſelben das Recht zuſtehe, jeden der ihn in der Ausübung ſeines Eigenthums beſchränkt, auszuſchließen, wogegen der Beklagte, um den Klagegrund zu zerſtören, ſich auf eine neue Thatſache ſtützt, die dem behaupteten unbeſchränkten Eigenthumsrechte widerſpricht, und wobei der Beklagte eigentlich erklärt, daß ihm der Kläger die Dienſtbarkeit ſelbſt übertragen habe, oder daß er ſie ſonſt rechtlich erworben habe. Dieſe Anführung der rechtlichen Erwerbsart iſt eine Einrede. Für die Wahrheit der Anſicht, daß dem Beklagten die Beweislaſt obliege, ſpricht auch noch die rechtliche Anſicht, daß das zufällige Verhältniß, ob jemand klagend oder vertheidigend ein gewiſſes Recht geltend macht, an dem Grundverhältniß, ob

21) In neueſter Zeit wieder geprüft in der Preisſchrift von Albrecht, die Exceptionen des gemeinen deutſchen Civilproceſſes. München 1835. ferner Knappe, Verſuch einer Entw. des Begriffes der Exceptionen. München 1835.

eine Behauptung als Angriff oder als bloßes Läugnen und einfache Abwehr zu betrachten iſt, nichts ändern kann. Wird der Beklagte aus einem Kaufvertrage auf die Zahlung des Kaufpreiſes belangt, und ſchützt er die exceptio doli vor, ſo muß er ebenſowohl die von ihm behaupteten den Dolus enthaltenden Thatſachen beweiſen, als er, wenn er die actio doli angeſtellt hätte, den Betrug hätte darthun müſſen. Man weiß aber, wie eben bei den Dienſtbarkeiten das Verhältniß der actio confessoria und negatoria ſo beſchaffen iſt, daß bei beiden Klagen das nämliche Recht angriffsweiſe verfolgt wird, und es hängt ganz von dem Eigenthümer ab, ob er um ſchnell loszukommen, die actio negatoria anſtellen, oder denjenigen, der bei der actio negatoria Beklagter iſt, nöthigen will, mit der actio confessoria aufzutreten; er darf nur dem unberechtigten Störer die Ausübung der Servitut unmöglich machen, ihn pfänden, oder die Leute, welche die Servitut ausüben, fortjagen, und er iſt ſicher, daß dann der Beklagte die confessoria actio anſtellen wird. Daß aber in dem letzten Falle, der, welcher die Servitut als rechtlich ihm zuſtehend behauptet, dies beweiſen muß, bezweifelt Niemand; warum ſoll er nun da, wo er von dem Kläger genöthigt, die Dienſtbarkeit als Einrede vorſchützt, um die Klage zu zerſtören, von dem Beweiſe frei ſein, da er auch in dem letzten Falle der Angreifer iſt [22]).

Vorzüglich hat der richtigen Anſicht in der Lehre von der Beweislaſt bei der actio negatoria die ohnehin nutzloſe Frage geſchadet: ob die Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums ſtärker iſt, als die für den Beſitzer ſtreitende Vermuthung; es war dies die Folge der irrigen Vorausſetzung, daß der Kläger bei der actio negatoria ſich auf die Freiheit des Eigenthums ſeines Grundſtücks ſtütze, während er doch nur ſeinen Klagegrund auf ſein Eigenthum baut, und in der von dem Geſetze anerkannten Unbeſchränktheit des Eigenthums ſeinen

22) Reus excipiendo fit actor.

Schutz gegen jede Anmaßung findet, daher iſt auch nicht von einer Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums zu ſprechen [23]), ſondern von der Rechtswahrheit, daß derjenige, welcher das Eigenthum einer Sache hat, auch alle möglichen Theile des Eigenthumsrechts, alle Befugniſſe der Benutzung und der Dispoſition über die Sache hat. Darnach iſt auch von allen Juriſten anerkannt, daß der Kläger, wenn er ſein Eigenthum beweiſt, bei der actio negatoria keinen weiteren Beweis zu übernehmen habe. Eine Ausnahme ſoll nach der Behauptung angeſehener Juriſten nur dann begründet ſein, wenn der Beklagte bereits in dem Beſitze der Dienſtbarkeit, wegen welcher die actio negatoria angeſtellt wird, ſich befindet; und man leitet dieſe Ausnahme aus der für den Beſitzer rechtlich begründeten Begünſtigung ab, nach welcher er im Beſitze geſchützt werden muß; und nimmt deswegen eine für den Beſitzer ſprechende Vermuthung an, die ſtärker ſein muß, als die Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums, und daher auch den Beklagten von der Beweislaſt befreit. Unſere Juriſten ſcheinen ſchon über den Sinn der ſogenannten praesumtio pro possessore uneinig zu ſein [24]). Meinen ſie damit, daß die Beſitzhandlungen die Vermuthung begründen, daß das Eigenthumsrecht beſchränkt ſei, ſo findet ſich auch nicht das entfernt nur für eine ſolche Meinung ſprechende Geſetz; ſchwerlich kann man auch den römiſchen Juriſten — ſie, die ſo fein und ſcharfſinnig die Verhältniſſe des wirklichen Lebens betrachteten, zutrauen, daß ſie eine ſolche Vermuthung hätten aufſtellen wollen. Soll deswegen, weil mein Nachbar unverſchämt genug ſeit mehreren Jahren immer ſein Vieh über meine Grundſtücke treibt, die Vermuthung entſtehen, daß wirklich auf meinen Grundſtücken die Laſt ruhe, nach welcher ich den Viehtrieb dulden muß? Wird durch die lange Zeit hindurch getriebenen Anmaßun-

23) Vollsack, Diss. p. 8.
24) Bekk, in den Annalen. 1834. Nr. 7.

gen, die als Thatſachen erſcheinen, mein Eigenthumsrecht ein Anderes? Verliert deswegen das Eigenthum das ihm anklebende Merkmal der Unbeſchränktheit? Schwerlich wird man dieſe Frage mit Ja beantworten wollen, und thut man dies nicht, ſo zeigt man zugleich, daß der Beklagte, der die Dienſtbarkeit ausübte, deswegen von dem Beweiſe ſeines Rechts nicht frei werden kann. Verſteht man aber die ſogenannte praesumtio pro possessore ſo, daß vermöge derſelben in dem Beſitze ein Rechtstitel für die Dienſtbarkeit liegen ſoll, ſo iſt auch dieſe Anſicht den Geſetzen widerſtreitend; denn mag auch der Beſitz, wenn er gewiſſe Eigenſchaften hat, von den Geſetzen als proviſoriſcher Zuſtand geſchützt werden, ſo begründet er doch für ſich nicht das Recht ſelbſt, ſo lange nicht zu dem Beſitze ein gewiſſer Ablauf der Zeit hinzu kömmt, welcher die Verjährung begründet. Wenn daher der Beklagte, der 9 Jahre im Beſitze der Dienſtbarkeit war, mit der actio negatoria belangt wird, ſo iſt deswegen noch nicht ſein Recht der Dienſtbarkeit dargethan, ſondern er mag die Einrede vorſchützen, daß ſein Beſitz jene Erforderniſſe habe, nach welchen die Dienſtbarkeit als durch Verjährung erworben rechtlich erſcheint. Daß er aber dieſen Erwerbungsgrund beweiſen muß, iſt nicht zu bezweifeln. Die Begünſtigung, welche der Beſitzer rechtlich genießt iſt nichts weiter, als der Ausfluß der allgemeinen Regel, daß der Beklagte als ſolcher nicht zu beweiſen braucht, weil wie Weber richtig ſagt [25]): Niemand den Anſprüchen und Forderungen zu weichen braucht, bis der Gegner, in ſo fern er ſeine Anſprüche auf Thatſachen ſtützt, jene Thatſachen bewieſen hat, von welchen rechtlich die Anſprüche abhängen. Dies Vorrecht des Beklagten, wenn man ſehr uneigentlich von einem Vorrechte ſprechen will) iſt nach Savigny's richtiger Anſicht [26]) auf den Fall der Vindication angewendet, weil dabei kein anderer als der Beſitzer

25) Weber, von der Verbindlichkeit zur Beweisführung S 99.
26) Das Recht des Beſitzes §. 3.

Beklagter ſein kann. Sobald aber der Kläger bei der actio negatoria das Eigenthum der Sache nachgewieſen hat, iſt auch das Merkmal der Unbeſchränktheit dargethan, und damit auch ſein beſſeres Recht, gegen welches das proviſoriſche Beſitzverhältniß des Beklagten nicht in Betrachtung kommen kann. Hier muß vielmehr Beklagter, wenn er dennoch in der Dienſtbarkeit ſich erhalten will, ſein Recht, die Dienſtbarkeit auszuüben, darthun, und muß die Thatſachen, welche ſein Recht begründen können, beweiſen, um den einen Theil ſeines Eigenthums vindizirenden Kläger abzutreiben [27]). Will man von einer Vermuthung für den Beſitzer ſprechen, ſo würde dieſe doch höchſtens nur auf die Rechtmäßigkeit ſeines Beſitzes gehen, aber eine ſolche könnte doch dem entſchiedenen Eigenthümer der Sache gegenüber dem Beſitzer nichts helfen [28]). Nach dieſen Gründen iſt auch nicht wohl einzuſehen, wie in Ländern, wo das franzöſiſche Geſetzbuch gilt, der Beklagte, der im Beſitze iſt, bei der actio negatoria von der Beweislaſt befreit werden ſoll, denn eben der Code civil (Art. 690 und 691) erklärt, daß bei verborgenen jedoch ſelbſtſtändigen und bei unſtändigen Servituten der Beſitz nie hinreichen ſoll die Dienſtbarkeit zu begründen; wie läßt ſich glauben, daß die Geſetzgebung, welche dem Beſitze keine Wirkung beilegen will, und wenn er auch über 100 Jahre dauerte, darauf nicht die Verjährung gründen läßt, dennoch auf den Grund des Beſitzes der Dienſtbarkeit den Beklagten ſo ſchützen wollte, daß er von der Beweislaſt befreiet werden, alſo eine Rechtsvermuthung für ſich haben ſoll [29]). Wenn Bayer [30]) davon ausgeht, daß die Vermuthung für die Nichteinſchränkung des Eigenthums wegfalle, ſobald das Gegentheil bewieſen wird,

27) Vollsack, de onere probandi, p. 11.

28) Vorſt, von der Beweislaſt, S. 137.

29) Bekk, in den Annalen der Badiſchen Gerichte 1835. Nr. 5. in den Noten.

30) In den Annalen l. c.

daß aber für bewieſen dasjenige gelte, was dem Richter augenſcheinlich vorliege, ſo liegt hier der Irrthum theils darin, daß man von der Vorausſetzung ausgeht, der Kläger ſtütze ſich bei der actio negatoria nur auf eine Vermuthung, während er auf ſein Eigenthum und die abſolute Natur deſſelben ſich ſtützt; ferner iſt es irrig, daß wenn man den Beſitz des Beklagten als etwas betrachtet, was augenſcheinlich in der Art dem Richter vorliege, daß es einem Gegenbeweiſe gleich ſtehe, der eine Rechtsvermuthung zu zerſtören im Stande iſt, während dies ſogenannte augenſcheinliche Verhältniß nur in einigen Handlungen beſteht, von welchen der Beklagte behauptet, daß er ſie vermöge ſeines Dienſtbarkeitsrechts ausübe, und in Anſehung derer häufig bei genauerer Prüfung ſich ergiebt, daß ſie Folge der Anmaßung des Beklagten waren. Wenn der nämliche Schriftſteller, um die Beweislaſt des Klägers bei der actio negatoria zu begründen, ſich darauf beruft, daß der Kläger immer zu beweiſen habe, weil er die Verbindlichkeit des Andern zu beweiſen habe und der Beklagte immer der Beſitzer des entgegenſtehenden Rechts ſei, ſo iſt es doch ſchon lange eingeſehen worden, daß die Rechtsregel: actori incumbit probatio, eine jener Regeln iſt, die in ihrer Allgemeinheit leicht den Richter irre führen, und nur wahr ſind, wenn man durch verſchiedene Diſtinctionen ſich hilft [81]). Es iſt anerkannt, daß der Kläger nur die zu ſeinem Klagegrunde gehörigen Thatſachen beweiſen muß, daher er auch bei der actio negatoria ſein Eigenthum beweiſen muß, ſobald er aber dies erwieſen hat, muß auch der Beklagte ſich der angemaßten Dienſtbarkeit enthalten, wenn er nicht ſeinen rechtlichen Erwerbsgrund darthun kann. Ueberall, wo der Beklagte eine exceptio vorſchützt, erſcheint

81) ſ. die zwei neueſten Schriften über den Beweis. Leue, Theorie des Beweiſes im preuß. Civilprozeſſe. 1. Thl. S. 118. und Kitka, die Beweislehre im öſterreich. Civilprozeſſe. Wien 1836. S. 7. (ein ſehr empfehlungswürdiges Buch).

er ja auch als der Angreifende und muß als ſolcher beweiſen [32]); z. B. wenn er die ſogenannte exceptio non rite ad impleti contractus oder exc. doli vorbringt. Nimmt man die Analogie der rei vindicatio wegen Sachen zu Hülfe, ſo bleibt kein Zweifel; denkt man ſich z. B den Fall, daß der Eigenthümer eines Hauſes einen Anderen im Beſitze des Hauſes findet und die Eigenthumsklage anſtellt, ſo wird der Beklagte, ſobald der Kläger den Eigenthumsbeweis geführt hat, auch das Haus räumen müſſen, ohne daß er ſich weiter auf ſeinen Beſitz berufen kann; eben ſo wenig nun kann der Beklagte, wenn er auch im Beſitze der Dienſtbarkeit war, ſich gegen die partielle in der actio negatoria liegende vindicatio ſchützen, ſobald der Kläger ſein Eigenthum dargethan hat. — Wenn man für die entgegengeſetzte Theorie ſich darauf beruft, daß ja auch derjenige, welcher ſich in der Sclaverei eines andern befindet, den Beweis der Freiheit führen muß gegen den Herrn, der ſich im Beſitze befindet [33]) und wenn man daher das von der Perſonenfreiheit Geltende auch auf die Sachenfreiheit anwenden zu müſſen glaubt, ſo paßt dieſe Analogie gar nicht; denn nirgends beſteht der Rechtsſatz im römiſchen Rechte, daß jeder Menſch frei ſei; es konnte jemand eben ſo wohl frei ſeyn, als er Sclave ſein konnte; an die Qualität des Menſchen war alſo nicht nothwendig die Freiheit der Perſon geknüpft, wie dies bei dem Eigenthum der Fall iſt, wo, wenn daſſelbe exiſtirt, auch darin die Befugniß der abſoluten Benützung und Verfügung liegt. Tritt Jemand nun mit der Klage auf, daß er frei ſei, ſo iſt die Erklärung des Herrn des Sclaven keine Behauptung einer exceptio, ſondern ein Läugnen des ganzen Klagegrundes der in der behaupteten Thatſache liegt, daß der Kläger frei geboren oder aus der Sclaverei entlaſſen ſei, während bei

32) Kitka, S. 42. Knappe, Verſuch über Exceptionen. S. 100. Albrecht, Preisſchrift. S. 183.

33) l. 7. §. ult. D. de liberali causa.

der actio negatoria der Beklagte nicht den eigentlichen Klagegrund, nämlich das Eigenthum läugnet, ſondern nur behauptet, daß ihm ein Theil dieſes Eigenthums zuſtehe, was er zu beweiſen hat [34]). An dieſen bisher behaupteten Sätzen kann nichts geändert werden, wenn auch der Beklagte in dem vorausgegangenen Beſitzprozeſſe geſiegt hat [35]); denn der Streit im Beſitzprozeſſe betraf ja nur den Beſitz als einen Zuſtand, der vorläufig das Geſetz ſchützt, bis ein entgegenſtehendes Recht dargethan wird. Das Verhältniß des Eigenthums bleibt dem Beſitzer gegenüber, immer das nämliche die Dienſtbarkeit ausſchließende. Tritt dann der Eigenthümer in petitorio auf, und beweiſ't er ſein Eigenthum vollſtändig, ſo ſchützt den Beklagten ſein proviſoriſcher Zuſtand nicht weiter [36]). Die Argumente, auf welche Glück zum Beweiſe der gegentheiligen Anſicht ſich beruft, fallen leicht zuſammen, da er immer nur von einer Präſumtion der natürlichen Freiheit ausgeht, und annimmt, daß ſie durch den Schutz im Beſitzproceſſe aufgehoben ſei. — Alle bisherigen Gründe ſcheinen freilich dann zerſtört, wenn von dem gemeinen Rechte die Rede iſt, in welchem, wie man behauptet, beſtimmte Geſetzesſtellen entſcheiden, daß der Beklagte bei der actio negatoria von der Beweislaſt frei iſt, wenn er im Beſitze der Dienſtbarkeit ſich befindet. — Wir glauben, daß dieſe angeblichen Geſetzesſtellen der bisher in dieſem Aufſatze vertheidigten Anſicht nicht entgegen ſtehen. Schon überhaupt darf man bei Anwendung römiſcher Fragmente oder Stellen des Codex über die Beweislaſt nicht unberückſichtigt laſſen, daß darin nicht *eigentliche geſetzliche Ausſprüche* liegen, wie ſie z. B. in neueren Geſetzbüchern enthalten ſind, die abſolute Vorſchriften geben, wer in gewiſſen Fällen beweiſen

---

34) ſ. noch Vollsack Diss. p. 13.

35) Glück, Erl. der Pandecten X. S. 254. glaubt, daß in dieſem Falle der Beklagte von der Beweislaſt befreit iſt.

36) Vollsack, Diss. p. 254.

muß; dieſe Fragmente enthalten die Anſichten der römiſchen Juriſten über einzelne vorgekommene Fälle, wo die genaueſte Kenntniß aller kleinen Nebenumſtände des einzelnen Falles nothwendig ſein würden, um beurtheilen zu können, ob richtig entſchieden war. Jene Ausſprüche der Juriſten enthalten Beiſpiele, aus welchen man mit gehöriger Vorſicht auf die Regeln ſchließen kann, welche die römiſchen Juriſten leiteten. Ohnehin iſt es von Bedeutung, daß die Stellen in den Pandecten zu einer Zeit entſtanden, wo noch die judices pedanei [37]) als Richter der That, wie die Geſchwornen in England zu beurtheilen hatten, was ihnen zum Beweiſe nothwendig ſchien, damit ſie über das Factum urtheilen konnten. In den engliſchen Büchern über evidence kommen ebenfalls zahlloſe Ausſprüche über die Beweislaſt vor, aber es ſind dies keine Geſetze, ſondern nur Anſichten, die in den Gerichtshöfen bei einzelnen Fällen Eingang fanden. Nur da, wo durch langen Gebrauch in Rom eine gewiſſe Annahme die Kraft einer Rechtsvermuthung erhielt, wird die Stelle im corpus juris noch jetzt im gemeinen Recht in Bezug auf die Beweislaſt den Richter verpflichten. In den übrigen Fällen aber ſind es bei uns allgemeine, aus der Natur der Klagen, aus dem Verhältniſſe des Angriffs und aus der ohnehin erſt ſpäter ausgebildeten Anſicht über exceptio geſchöpfte Grundſätze, welche den Richter bei der Regulirung der Beweislaſt leiten. Beide Geſetzesſtellen [38]), auf die man ſich beruft, um zu beweiſen, daß der Beklagte bei der actio negatoria frei vom Beweiſe ſei wenn er im Beſitze ſich befand, enthalten aber keinen Ausſpruch dieſer Art, ſondern ſprechen von der Feſtſetzung der Partheienrolle. Es iſt bekannt, daß am Anfang des Streits ſogleich viel darauf ankömmt, daß das Verhältniß,

37) Richtige Bemerkungen in Bethmann-Hollweg's Abhandl. S. 254.

38) Es ſind l. 8. §. 3. D. si servit. vind. l. 15. D. de novi oper. nunc.

wer Kläger u. wer Beklagter ſein ſoll, richtig feſtgeſetzt werde [39]). Nicht blos bei dem judicium duplex [40]) wird dies ſchwierig, auch bei Klagen der Geſellſchafter, wo verſchiedene Perſonen zu Gericht kommen und Behauptungen oder Geſuche vorbringen, bedarf es der Feſtſetzung der Partheirollen; insbeſondere iſt dies auch der Fall bei den Servituten, wo oft der Wunſch zu bauen den Streit von zwei Nachbarn veranlaßt, und jeder zu Gericht kommt, um richterliche Hülfe anzurufen. Ohnehin mag dies in Rom in Zeiten der jus voeatio, wo noch keine Vorladung durch Gerichtsdiener vorkam, wo vielmehr die Partheien freiwillig vor dem magistratus erſchienen, noch öfter vorgekommen ſein, ſo daß es nöthig wurde, zuerſt zu entſcheiden, wer als Kläger oder Beklagter gelten ſollte. Bei dinglichen Klagen war es nun Sitte, die Partheien mit den Ausdrücken: petitor und possessor, zu bezeichnen [41]) und den Kläger (zunächſt bei vindicatio) petitor zu nennen. In dem l. 8. §. 3. D. si serv. vindic. bezeichneten Falle iſt es höchſt wahrſcheinlich, daß wegen des vorhabenden Baues zwei Nachbarn erſchienen und ihre Klagen vorbrachten. Es iſt möglich, daß der Eine klagte weil er servitus signi imittendi zu haben glaubte, und der Andere zugleich die actio negatoria wegen der Anmaßung anſtellte; es iſt möglich, daß der eine den praetor um Schutz im Beſitze anrief, während der Andere petitoriſch klagte. Hier mußte beſtimmt werden, wie die Parteienrollen zu reguliren waren; hier ſah der Magistratus auf das factum: an tigna imissa sint, und beſtimmte darnach, quis petitoris aut possessoris partes sustineat. Noch leichter läßt es ſich im Falle von dem die l. 15. D. de Novi oper. nunc. ſpricht, denken, daß ein Streit zwiſchen zwei

39) Martin, Lehrbuch §. 34. Linde, Lehrbuch §. 107. Weyhe, röm. Privatrecht S. 457. Reinhard, Handbuch des Civilproz. 1. S. 92. Puchta, über gerichtl. Klagen. S. 52.

40) l. 10. D. finin. regund. l. 13. D. de judic. v. Gaisberg, Vorkenntniſſe des Prozeſſes. S. 50.

41) Puchta, im rhein. Muſeum 1. S. 173.

Nachbarn entſtand, wo jeder eine Servitut für ſich anführte, wie dies gerade bei der Frage über das Recht des Höherbauens ſo häufig vorkommt. Jeder gründete ſich für ſeine Behauptung auf ein Recht der Dienſtbarkeit. Eine Feſtſtellung der Partheirollen wurde hier unvermeidlich. Es iſt aber auch nirgends in der Stelle geſagt, daß der Eigenthümer mit der actio negatoria auftrat, es iſt ja möglich, daß zwei, die auf Servituten ſich beriefen, mit einander ſtritten [42]), und hier bei der Regulirung der Rollen ließ der Magistratus den Beſitz entſcheiden. Nimmt man auch an, daß der Fall einer actio negatoria des Eigenthümers der l. 15. D. zum Grunde lag, ſo ſcheint es doch ein Sprung zu ſein, wenn man deswegen, weil der Kläger der petitor ſein mußte, behauptet, daß nach jenen Stellen der petitor den Beweis der Freiheit des Eigenthums von der Servitut führen mußte. — Es iſt richtig, daß der petitor in der Regel ſeinen Klagegrund beweiſen muß; allein den Worten: de jure suo probare necesse habet iſt auch dann Genüge geleiſtet, wenn man annimmt, daß der petitor nur ſein Eigenthum, das vielleicht in jenem Falle ihm abgeläugnet war, zu beweiſen brauchte. Wo ſteht denn, daß er ſeine Freiheit von der Servitut beweiſen ſollte? Ohnehin dürfte es auf jeden Fall mißlich ſein, aus der einen Stelle, die ſo viel Singulares hat, in welcher z. B. deutlich der Fall des ungehorſamen Ausbleibens (z. B. in dem ſpäteren Termine) vorausgeſetzt ſcheint und daher von einem Nachtheile zur Strafe (punitur) die Rede iſt; ferner aus einer Stelle, die von einer Bauſervitut bei einem praedium ſpricht, die allgemeine Regel abzuleiten, daß überall der Beklagte, der im Beſitze der Dienſtbarkeit war, frei vom Beweiſe ſein ſollte.

Wenn nach den obigen Ausführungen, nach den allgemeinen Rechtsgrundſätzen, nach der Natur der actio negatoria als Eigenthumsklage, nach der Nachweiſung, daß hier nirgends von Präſumtionen zu ſprechen iſt, und daß jene an-

42) So ſcheint Löhr im Magazin III. S 507. die Stelle zu verſtehen.

gebliche Vermuthung für den Beſitzer nicht eine Freiheit vom Beweiſe enthält, ſich ergiebt, daß immer bei der actio negatoria der Kläger nur ſein Eigenthum, in ſo ferne dies ihm beſtritten iſt, und der Beklagte das Recht auf die Dienſtbarkeit beweiſen muß, ſollen wir berechtigt ſein, wegen zwei der Natur der Sache ſo ſehr widerſprechenden, durch andere Stellen des röm. Rechts nicht unterſtützten Fragmente das Gegentheil anzunehmen? Man hebt mit Recht ſo oft den practiſch feinen geſunden Verſtand der claſſiſchen Juriſten Roms hervor, warum ſollen wir nicht annehmen, daß ſie auch in dieſer Lehre ihre gerühmte Eigenſchaft bewährten?

XII.

Beiträge zur Lehre vom Mieth- und Pachtvertrag.

Ueber die ſ. g. locatio irregularis.

Von

Herrn Dr. W. Sell,

ordentlicher Profeſſor der Rechte zu Zürich.

§. 1.

Nach der Natur der locatio conductio wird auf den conductor nicht das Eigenthum an der gemietheten oder gepachteten Sache übertragen.

Fr. 39. D. h. t. (Ulpian. lib. 2. ad Edict.) Non solet locatio dominium mutare;

und noch genauer Iavolenus in Fr. 65. i. F. D. de contrahenda emptione (18, 1.) (lib. 11. Epistolar).